

## 条約に対する憲法の優位性：合衆国と日本（経済学部再編記念号）

著者	杢山 茂樹
雑誌名	熊本学園大学経済論集
巻	21
号	1-4
ページ	129-144
発行年	2015-03-20
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1113/00000594/">http://id.nii.ac.jp/1113/00000594/</a>

# 条約に対する憲法の優位性：合衆国と日本

栢 山 茂 樹

## 要 約

日本国憲法と条約の効力順位は、積年の難問である。安保条約と9条は両立しないとされる一方で、人権条約と憲法上の権利との適合的解釈が求められている。従来の憲法優位説の下では、この対立する要請をまとめることは困難である。

合衆国では *Reid v. Covert*(1957) 以来、憲法が条約に優位することが確立している。そこでの議論は憲法の制限規範としての役割、各国家機関の権限配分、個人の権利保護などが根拠となっている。さらに近年、国際法や外国法を権利章典の解釈に考慮する例が相次ぎ、新たな論議を呼んでいる。

本稿ではそれら合衆国の法理を元に、日本の憲法優位説の見直しを図った。憲法と条約の効力関係は、日本国憲法の三大原理、各国家機関の適正な運営などを通じて決めていくべきである。

## 1. 序

日本の法体系の序列において、憲法と条約はどちらが上位にあるのか。これは戦後日本の憲法学において、重要かつ困難な課題であり続けている。その背景には、人権保障や安全保障をめぐる日本固有の問題状況がある。国際人権法を支持する論者からは、憲法の権利規定を人権条約と調和的に解釈することが主張されている。一方、憲法9条の非武装平和主義と、日米安保条約や国連の集団安全保障システムは、原理的に相容れないものと論じられてきた<sup>1)</sup>。日本国憲法と条約は、この二分野だけをとっても根本から方向性を異にする。

憲法と条約をめぐるすべての問題について、伝統的な憲法優位説と条約優位説の二者択一の図式では、もはや折り合いをつけがなくなっている。改正手続の難易度を理由に憲法優位を導く見解は、今なお通説の地位を降りたわけではない。しかし、条約の何が実質的な憲法改正に相当するかは、分野や事項によって千差万別である。

---

1) 国連憲章と憲法9条との共通点および相違点について、渡辺洋三『憲法と国連憲章』（岩波書店、1993）21-36頁

もともと、「新しい人権」は憲法改正によらずとも導入可能だとされている。現に私生活上の自由・報道の自由・知る権利など、日本国憲法に明記されない権利が裁判所によって創出されてきた。であれば、人権条約を参照し憲法の拡張的解釈をとることが、正規の手続によらない改正とは直ちにいえないだろう。だが9条問題においては、非武装平和の理念が自衛隊の存在や活動、日米安保体制等の一切に対し、強く違憲性を推定させる。日米の集団的自衛権行使や国連安保理武力行使容認決議に参加するには、やはり9条2項の改正を経なくては、憲法上の疑義を完全に晴らすことはできない。現憲法が人権尊重・国民主権・平和主義を基本原理とする以上、人権条約に親和的な解釈をとりつつ、安全保障では9条を擁護するといったスタンスをとることは、決して無理な帰結ではないはずである。

憲法と条約の関係は、各分野あるいは個々の規定などに応じて、それぞれの論じ方を追求すべき段階に來たように思われる。その際も、憲法優位か条約優位かの一般論は一応前提となるだろう。しかし、改正手続の難易度や国際協調主義といった論拠だけでは、議論の支えに乏しい。この問題は憲法の全体構造や根本理念にもかかわっており、そこから説き起こす必要性を感じさせる。

アメリカ合衆国では連邦最高裁判決 *Reid v. Covert* (1957) で、条約に対する(連邦)憲法の優位性が確立した。そこでは憲法が権力から個人の権利を保護するという制限規範としての役割や、国の統治構造の視点からの議論がなされている。また近年では、憲法の権利章典と人権条約の関係について新たな動向も登場している。本稿ではそれらを紹介し、日本の議論との接点やヒントを探る。ひいては憲法優位説の再構成を試みる。

## 2. 合衆国憲法と条約

### 2-1. 最高法規条項

合衆国憲法第6編第2節は次のように定める。

「この憲法およびそれにしたがって制定された合衆国の諸法律、合衆国の権限のもとで締結され、将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。そして各州の裁判官は、それぞれ州の憲法または法律にそれに反する定めがあったとしても、それによって拘束される。」

この最高法規条項は、州法に対する連邦法の優位を述べたものである。連邦の憲法・法律・条約の上下関係については明示されていない。ただし、「〔憲法〕にしたがって制定された合衆国の諸法律、合衆国の権限のもとで締結され……るすべての条約」(傍点筆者)という文言からは、憲法がその他に勝るという含意が見出せる。

違憲審査制を確立したことで知られる *Marbury v. Madison* (1803) においては、本規定で「憲法」が最初に言及されていること、「〔憲法〕にしたがって制定された合衆国の諸法律」だけが国の最高法規たりえることを理由に、憲法に反する法律は無効となるとも論じられている<sup>2)</sup>。

最高法規条項の下における条約と法律の関係は、1880年代の3つの判例で確定した<sup>3)</sup>。*Head Money Cases* (1884) で、「憲法は〔条約に〕連邦議会の法律に対する優位性を何ら与えていない<sup>4)</sup>」と述べられた。その後 *Whitney v. Robertson* (1888) で、「憲法によって、条約は立法府の法律と同じ地位に位置づけられる<sup>5)</sup>」と、両者が同位であることが明らかにされた。またそれに続けて、条約と法律が同じ対象を規律するとき、裁判所は両立的な解釈に努める<sup>6)</sup>が、両者が相容れない場合は後法優位の原則によることも論じられている。それらの法理は翌年、*The Chinese Exclusion Cases* (1889) で再確認された<sup>7)</sup>。

かくして憲法は法律の上位にあり、かつ法律と条約が同位であることが決定した。であれば論理必然的に、憲法は条約よりも上位にくるはずである。実際その後、*Reid v. Covert* (1957) で、条約に対する憲法優位の原則が樹立されたという次第である。

## 2-2. *Reid v. Covert*

本件は英国内の米空軍基地で起きた殺人事件である。米空軍兵の妻 Clarice Covert は夫を殺害し、軍事裁判所に訴追された。しかし被告人は文民であるため、軍事裁判ではなく通常の司法手続に服するのではないかが争われることとなった。

UCMJ(統一軍事法典)2条(11)は、合衆国が結んだ条約・協定等に基づいて「合衆国の地理的制限なしに空軍に勤務し、雇われ、または随伴するすべての人々」に対して、同法が及ぶと定めている。また米英間で結ばれていた行政協定によれば、在英米軍基地内で起きた犯罪につ

---

2) 1 Cranch (5 U.S.) 137,180 (1803)

3) Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 HARV. L. REV. 853, 870-72 (1987).

また、自動執行性のリーディングケースである *Foster v. Neilson*, 27 U.S. (2Pet.) 253, 314 (1829) では、「われらの憲法は、条約が国の法であると宣言している。その結果、条約がいかなる立法規定の補完もなしに、それ自体で作用する場合は必ず、裁判所において議会制定法と同等 (equivalent) のものとみなされるべきである。」と述べられている。これは、自動執行的な条約が法律と同格であることを示している。

4) 112 U.S. 580, 599 (1884)

5) 124 U.S. 190, 194 (1888)

6) 国際法と法律の調和的解釈の原則 (*Charming Betsy* canon) は、*Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804) において登場した。それら条約と法律の関係については後日、稿を改めて論じる予定である。

7) 130 U.S. 581, 600 (1889)

いては、合衆国軍事裁判所が排他的管轄権を有することとなっていた。政府側はそれらを根拠に、本件は軍事裁判権に服すると主張した。

他方、合衆国憲法第3編第2節・第5修正・第6修正によれば、本件被告人は陪審裁判を受ける権利を保障されていると考えられる。これらの憲法上の保護は、合衆国の領域外でも及ぶかが第一の争点となった。これについて連邦最高裁は、まず憲法が国家権力の源であり、かつ制限規範であることをふまえて論じる。

「合衆国は全体として、憲法の所産である。その力と権威は〔憲法の〕他に由来をもたない。それは憲法によって課せられたあらゆる制約に従ってのみ行動することができる。政府が、外国にいる市民を処罰するに及ぶ際、憲法の権利章典や他の個所が、その人の生命や自由を保護するために定めた防御手段は、単にその人がたまたま他の国にいたというだけで剥奪されるべきではない。<sup>8)</sup>」

次いで、陪審裁判を受ける権利が政府の専制を防ぐ手段であることを強調したうえで<sup>9)</sup>、

「権利章典と、専制的政府に対する他の憲法上の保護が、不便となったり利己〔的な権力〕が独裁をなす場合に無効となるという考え方は、きわめて危険な主義であり、もし〔その〕進展を許せば、成文憲法の利点を破壊し、われらが政府の基礎を掘り崩すであろう。<sup>10)</sup>」

と述べ、合衆国憲法の域外適用を認めた。

第二の争点は、UCMJ2条(11)が米英間の行政協定を履行するうえで必要かつ適切な立法と認められるかどうかであった<sup>11)</sup>。

「これに対する明白で決定的な答えは、もちろん、外国とのいかなる協定も、連邦議会や政府の他の部門に、憲法上の制限から自由な権限を付与することはできないということである。<sup>12)</sup>」

そして合衆国憲法第6編の最高法規条項を挙げたうえで、

「第6編を、合衆国が国際協定の下で、憲法上の禁止規定に従うことなく権力を行使することを許したと解釈することは、憲法を創った人々や、権利章典に責任を負う人々の目的

---

8) 354 U.S. 1, 5-6 (1957)

9) *Id.*, 10.

10) *Id.*, 14.

11) 合衆国憲法第3編第2節はこう定める。

「……すべての犯罪の裁判は、陪審によって行われなければならない。裁判は、その犯罪が行われた州において行われなければならない。ただし、犯罪がいかなる州にも属さないところで行われた場合には、裁判は連邦議会が法律で定めた場所で行われる。」(傍点筆者)連邦議会の立法の必要性はここから生じる。

12) 354 U.S. 16.

に、明らかに反するであろう—わが憲法のすべての歴史と伝統と異質なのはいうまでもない—。実際、かかる解釈は、第5編によって認められていないやり方で憲法の条文を修正することを許すことになるであろう。憲法の禁止規定は、国の政府のあらゆる部門に適用されるよう企図されたもので、執行府あるいは執行府と上院両方<sup>13)</sup>によって無効とすることはできないのである。<sup>14)</sup>」

と述べた。以上の説示は、本判決が憲法優位説を論じた部分として引用されるところである。

この議論の真髄は、第一に条約締結権（大統領と上院）に対する立憲的コントロール、ひいては憲法の形成する統治構造全体の保全にある。第二に、それらを通じて国家権力から個人の自由を守るという、憲法の制限規範としての役割にある。また条約締結権者が憲法違反の条約をつくれば、それは正式な手続によらない憲法改正に等しいとも述べている。この点は日本の憲法優位説の改正手続論と類似している。

その後、本件を軍事裁判所が管轄することは、合衆国憲法第3編第2節・第5修正・第6修正の要求を満たさないと判断された。法廷意見は最後の締めくくりにあたって、こう述べている。

「わが国は分割された権力の政府であり、その分割のうちに、圧制からの力のみならず自由が存在するものと想定されている。そしてわが憲法の下では裁判所だけが、文民を合衆国に対する罪で裁く権限を与えられている。<sup>15)</sup>」

## 2-3. 後続のケース

*Reid* 判決は憲法と条約の関係一般について、憲法優位の原則を確立した。だがとりわけ、個人の憲法上の権利が条約に優先するという趣旨で敷衍される傾向にある<sup>16)</sup>。

*Boos v. Barry* (1988) では、大使館周辺で外国政府の評判を貶めるような掲示を出すことを禁止する法律の合憲性が争われた。連邦最高裁は当該法律が、パブリック・フォーラムでの政治的言論に対する内容規制であると認定した。そして厳格審査を行い、他国外交官の尊厳を守

---

13) 合衆国憲法第2編第2節の定める条約締結権者を意味する。

14) *Id.*, 17

15) *Id.*, 40-41

16) RESTATEMENT OF THE LAW(3<sup>RD</sup>), FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES (1987), §111, Comment a. は、「国際法の諸規則と合衆国の国際協定の諸規定は、権利章典と憲法上の他の禁止・制限・要請に服し、それらに反すれば効力をもつことができない」と述べている。ここで権利章典が挙がっているのには、それなりの意味が見出せる。また Curtis A. Bradley, INTERNATIONAL LAW IN THE U.S. LEGAL SYSTEM (2013), 62-64; Christopher R. Drahozal, THE SUPREMACY CLAUSE: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION (2004), 163-65 は、それぞれ「条約と個人の権利」「条約と憲法上の権利」という項目に、*Reid* 判決以下の展開をまとめている。

ることが「やむにやまれぬ政府利益」といえるかどうかを検討した。これはウィーン外交関係条約 22 条 2 項に基づく国際法上の義務でもある。裁判所は *Reid* 判決を基にしつつ、第 1 修正との関係で制約は正当化されないと判断した<sup>17)</sup>。

その後、*Reid・Boos* 両判決はワンセットで、憲法は条約から個人の権利を守るという定式をなしている。*American Insurance Ass'n v. Garamendi* (2003) は両判決を引きながら、条約と行政協定は憲法上の個人の権利に従属すると述べている<sup>18)</sup>。

*Reid・Boos* 判決は、個人の憲法上の権利と国の条約上の義務、ないしは条約締結権が対立するケースにおいて、前者が勝ると論じたものである。その文脈を見誤らないよう注意を要する。個人が国に対し、人権条約上の権利と憲法上の権利を併せて主張するような場合にも、条約の趣旨が常に憲法に劣後するのかどうかは議論が分かれる。

## 2-4. 権利章典と人権条約

管見の限り、合衆国憲法の解釈基準としての人権条約の役割について、90 年代までは議論に上ることは少なかったように思われる<sup>19)</sup>。そもそも合衆国は人権条約の批准に消極的であり、司法での援用の途は閉ざされていた。

ところが 2000 年代に入ったとたん、*Atkins v. Virginia* (2002)<sup>20)</sup>、*Lawrence v. Texas* (2003)<sup>21)</sup>、*Roper v. Simmons* (2005)<sup>22)</sup> で、憲法の権利章典の解釈に国際人権法や外国法を参照し、違憲とする画期的な判断が相次いだ<sup>23)</sup>。特に *Roper* 判決は、未成年者への死刑が第 8 修正違反だと論

17) 485 U.S. 312, 324-29 (1988). RESTATEMENT, *Id.* のドラフト (同一文) も引用している。判決は、当該目的は「やむにやまれぬ」ものと認めつつ、法律の定める手段において LRA が存在することを理由に第 1 修正違反だとしている。

18) 539 U.S. 396, 416 (n.9) (2003). そのほか両判決を共に引用している連邦下級審判決を挙げると、*U.S. v. Cardales Luna*, 632 F.3d 731, 748 (2011); *Bullfrog Films, Inc. v. Wick*, 847 F.2d 502, 512 (1988); *Loza v. Mitchell*, 705 F. Supp. 2d 773, 800 (2010); *Golan v. Holder*, 611 F. Supp. 2d 1165, 1172 (2009); *In re Assicurazioni Generali S.P.A. Holocaust Ins. Litig.*, 340 F. Supp. 2d 494, 502 (S.D.N.Y. 2004); *United States v. Ni Fa Yi*, 951 F. Supp. 42, 45 (S.D.N.Y. 1997); *United States v. Song*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 18399

19) 例外として、Tamela R. Hughlett, *International Law: The Use of International Law as a Guide to Interpretation of the United States Constitution*, 45 OKLA. L. REV. 169 (1992); Louis Henkin, *THE AGE OF RIGHTS* (1990) p.147 (邦訳: L・ヘンキン=小川水尾訳・江橋崇監修『人権の時代』[有信堂, 1996] 140 頁) は、「国際人権は、アメリカ憲法の権利よりも劣位にある」と一言だけ述べている。

20) 536 U.S. 304 (2002)

21) 539 U.S. 558 (2003)

22) 543 U.S. 551 (2005)

23) その詳細については、宮川成雄「アメリカ裁判所における国際人権法の援用」 芹田健太郎ほか編集代表『講座国際人権法3 国際人権法の国内的実施』(信山社, 2011) 228 頁以下; 齊藤功高「米国連邦最高裁における憲法解釈の基準としての人権条約」(国際人権 19 号, 2009); 「ミニ・シンポジウム アメリカ最高裁による外国法・国際法の参照と援用」(比較法研究 71 号, 2009) の諸論文; 会沢恒「憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐる: 現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性」(北大法学論集 58 巻 4 号, 2007) を参照。



じるために、内外の法動向のほか合衆国が批准していない子どもの権利条約 37 条なども多く考慮に入れており、大きな反響を呼んだ。これらの判決を機に合衆国最高裁は「トランスナショナルな司法の対話」に加わったという評価がある<sup>24)</sup>。これは世界の国内・国際裁判所が判決を互いに参照・引用しあうことで、国内・国際人権規範の実施と発展に関与していくという動向である<sup>25)</sup>。この立場からすると、人権条約は憲法の解釈基準として大いに用いられるべきこととなる。

連邦最高裁は上記の諸判例において *Reid・Boos* 判決は引用しておらず、憲法と国際人権法の下関係についても言及していない。しかし学界では、その憲法優位の原則からの批判が寄せられている<sup>26)</sup>。*Reid・Boos* 判決の見方によれば、条約や行政協定は締結権者である政治部門の行動とみなされる。それが憲法に優位すると解すれば、政治部門が憲法上の制限を越えて活動することに通じる。なので、条約はあくまでも憲法の拘束に服従するものであり、その解釈基準とはなりえないと論じられる。

また別な見方であるが、*Roper* 判決で裁判所が国際法・外国法を憲法解釈にとり入れたことは、政治部門への不当な干渉であるとも論じられている<sup>27)</sup>。未批准の子どもの権利条約を引用したり、合衆国が自由権規約 6 条 5 項を留保した事実で最低限の評価しか与えなかったことは、司法部門のいきすぎた判断とも受け取られる。

これらの疑義に対し「トランスナショナルな司法の対話」論からは、国内裁判所が国内主義 (nationalist) から国際主義 (internationalist) へと性格を変えつつあるという応答がなされる<sup>28)</sup>。従来の国内主義の裁判官は、政治部門に敬讓をはらい自国の利益を擁護することに関心を有していた。しかし国際主義の裁判官は国際法と国内法の媒介者であり、国境や市民権の有無に関係なく個人の権利を保護する役割を担う。そのため国際人権問題に関しては国内の政治部門に

---

24) Melissa A. Waters, *Mediating norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, 93 GEO. L. J. 487 (2005)

25) トランスナショナルな裁判官像について詳しくは、Anne-Marie Slaughter, *A NEW WORLD ORDER* (2004), ch. 2。これは超実定法的な「人権」が国境を越えて相互作用と発達を遂げるところに本質があり、各国国内法・国際法のシステム横断的な援用は、それが表象化したものと筆者は見ている。だとすると憲法と条約の効力順位も、単に形式的な問題になってくる。

26) Roger P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret The Constitution*, 98 AM. J. INT'L L. 57, 61-64 (2004) (quoting *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 16:18; *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 324 (1988)): ただしこの立場も、国際法の内容が合衆国憲法の伝統的諸価値に沿うものであれば、憲法優位の下で活用できる可能性は否定しない。 *Id.*, 63-64.

27) Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. (2005) 163-65

28) Waters, *supra* note 24, 523. 国内統治機関が国際法秩序の一員も兼ねるという見方は、古くは Georges Scelle の「国家の二重機能 (dédoulement fonctionnelle, role splitting)」論で登場し、普及をみせている。 Georges Scelle, *Règles générales du droit de la paix*, 46 RECUEIL DES COURS (1933-IV) 358



譲歩せず、活発な救済に乗り出すという。この新たな司法観からすれば、従来の憲法優位論や権力分立からくる制限を離れて、人権条約を積極的に援用することが可能となる。

以上、合衆国の判例と学説の状況を概観した。そこから筆者がつかんだのは、憲法と条約の効力順位は、憲法の制限規範としての役割、憲法が定める統治構造全体のバランス、さらにはトランスナショナル・ローといった大局的観点から論じなおさなくてはならないということである。

### 3. 日本国憲法と条約

#### 3-1. 最高法規条項

1946年2月13日、日本政府に提示されたマッカーサー草案の90条は、以下のようなものであった。

「この憲法並びに憲法に従って作られた法律および条約は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律または命令および詔勅または国務に関するその他の行為の全部または一部は、その効力を有しない。<sup>29)</sup>」

冒頭の「この憲法並びに憲法に従って作られた法律および条約は、国の最高法規であつて」という部分は、合衆国憲法第6編第2節にならったものである。この条文はほぼそのまま、日本政府の憲法改正草案に引き継がれた。その後衆議院で「法律及び条約」が最高法規から除かれるとともに、条約順守の規定が2項に別途設けられた<sup>30)</sup>。

かくして誕生した日本国憲法第98条は次のように定める。

「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。

2項 日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」

この規定は草案と異なり、憲法と条約の上下関係について述べていない。憲法81条の違憲審査の対象にも「条約」は挙がっておらず、後に論議を呼ぶところとなった。これは憲法制定時の政府答弁によれば、議論の多い問題なのであらかじめ明言は避け、学説や実務の展開に任せたのが真相だと見られている<sup>31)</sup>。

---

29) 当時の外務省仮訳ではなく、高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程I 原文と翻訳』（有斐閣、1972）303頁の新訳による。

30) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程II 解説』（有斐閣、1972）281頁

31) 高野雄一『憲法と条約』（東京大学出版会、1960）202頁

### 3-2. 理論の展開

日本国憲法と条約の効力関係をめぐる説はさわめて多岐にわたる。その全貌をここに網羅することはできないし、本稿の目的でもない。理論の動向をごく簡単にまとめると、(1)当初は条約優位説が支配(1950年頃まで)(2)安保条約締結に伴う憲法優位説の確立(1980年代まで)(3)国際人権条約の地位を引き上げる試み(1990年代以降)ということになる<sup>32)</sup>。

(1)最初期の学説は条約優位を唱えていた。その根拠はさわめてシンプルである。条約や国際慣習法が日本だけの内部的な問題でないので、憲法を優先する結果それらに違反してはならない<sup>33)</sup>と説かれたり、恒久平和と国際協調主義の理念から条約の最高性を直線的に導いたりしている<sup>34)</sup>。あるいは国際法と国内法の関係について、国際法優位の一元論をとることからのコロラリーだとも説明された<sup>35)</sup>。もっともこれについては、法の妥当根拠に関する国際法優位論と、実定法の効力順位に関する条約優位説とを混同しているのではないかとの批判がある<sup>36)</sup>。

(2)1951年、対日平和条約と日米安保条約が成立した。政府はその頃より、憲法優位説の立場を明らかにし始めた<sup>37)</sup>。そこで根拠に挙げられたのが改正手続論であった。憲法改正と条約締結の手続を対比すれば、条約の国内的効力は憲法の下位にあると解される。ただし、降伏文書や平和条約、確立された国際法規は憲法に優先するとともに述べられている。それらと憲法の効力関係については、今日に至るまで未確定といえよう。

その後1960年の安保改定までに、政府答弁で繰り返し憲法優位説が唱えられた。1959年の砂川事件では安保条約が違憲審査の対象となり、憲法優位説は実務界に定着した。内閣法制局も条約案の合憲性について審査を行っている。

学界の議論も、政府の立場とおおむね歩調を合わせている。1951年の公法学会で条約優位説に立つ報告<sup>38)</sup>に対し、憲法優位説からの反論がなされた<sup>39)</sup>。前者は国際協調主義、後者は国民

---

32) ここでは本章の目的である憲法優位説の再検討に必要な範囲で、諸学説の大まかな推移をまとめることにする。遺漏や誤解があればご寛恕願う。1990年までの動向については浦田賢治「戦後理論史における憲法と条約」(憲法問題2号, 1991)、90年代までについては齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社, 2002)序章を参照。

33) 横田喜三郎「新憲法における条約と国内法の関係—国際法的考察」(日本管理法令研究24号, 1948)14-15頁;また、同『国際法学上』(有斐閣, 1955)88-89頁。

34) 田中二郎「新憲法における条約と国内法の関係—国内法的考察」(日本管理法令研究24号, 1948)28頁;さらに宮沢俊義『憲法 第三版』(有斐閣, 1951)402頁は、条約と国際法規が憲法制定権をも拘束すると述べる。

35) 宮沢俊義『日本国憲法』(日本評論社, 1955)810-17頁

36) 齊藤・前掲注32, 40頁;内野正幸「国際法と国内法(とくに憲法)の関係についての単なるメモ書き」(国際人権11号, 2000)6頁

37) 浦田・前掲注32, 8-9頁

38) 依静夫「憲法における条約」(公法研究5号, 1951)34-37頁

39) 「討議報告 第一部会『憲法と条約』」(公法研究5号, 1951)79-80頁〔佐藤・河原発言〕

主権を根拠にしており、それぞれの原理同士の争いともいえた。後者の立場は憲法改正に国民投票を要することを根拠に挙げており、改正手続論によっている。翌年以降、憲法優位説に立つ文献が出始めるが、なお議論はまちまちであった<sup>40)</sup>。改正手続論等に基づく憲法優位説を確立させたのは、代表的な研究書である高野雄一『憲法と条約』(1960)であろう(後述)。

以後学界ではこの憲法優位説が支配的となる。条約優位説に比べて論拠が具体的であり、かつ安保条約に対し9条を強力に擁護しうる点が支持を集めた理由だと思われる。

(3) 90年代に入り、憲法学界でも国際人権条約が注目を集めると、憲法優位説への見直しが始まった。まず、国際社会で広く受容されている人権条約に限り、憲法と同位かそれ以上の効力を認めることはありえないではないという提言がなされた<sup>41)</sup>。これに追従する向きはなかったと思われるが<sup>42)</sup>、憲法優位の下で人権条約の地位向上をいかに図るか、という問題意識は受け継がれた。そして、憲法の国際法調和性原則の上で、人権条約に「間接的な憲法上の地位」を認め、適用上の優位を確保しようとする説が登場した<sup>43)</sup>。

さらに2010年代、日本にもトランスナショナル・ローが波及しつつある。国籍法違憲判決(2008)<sup>44)</sup>、非嫡出子法定相続分違憲決定(2013)<sup>45)</sup>で国際人権法・外国法への参照が行われた<sup>46)</sup>。日本の最高裁の、国際人権法に対する理解が進んでいることをうかがわせる<sup>47)</sup>。

40) 清宮四郎『憲法要論』(法文社、1952) 43頁は「〔条約と〕憲法との関係については、定説はない。条約といえども、憲法の原則は破りえないものと解するのが妥当であろう。」とだけ述べる。鶴飼信成『憲法』(岩波書店、1956) 208-09頁は、条約締結権限が憲法によって認められていることを根拠に、憲法違反の条約を締結することはできないとする。この点に関し、宮沢・前掲注 35、818頁は条約優位説の立場から、憲法の定める手続によっていったん成立した条約は、たとえその内容が憲法に違反したとしても効力は妨げられないと論じる。また和田英夫は『憲法』(三和書房、1955) 108頁では条約優位説をとっているが、『憲法体系』(弘文堂、1959) 302頁では憲法優位説に転じている。

41) 江橋崇「日本の裁判所と人権条約」(国際人権 2号、1991) 22頁

42) 横田耕一「『国際人権』と日本国憲法」(国際人権 5号、1994) 9頁は国際人権と憲法人権論の相違などを理由に、「より厳密な議論がなされなければならない」と応答した。

43) 齊藤・前掲注 32

44) 最大判 2008年6月4日民集 62巻6号 1367頁、1374頁

45) 最大決 2013年9月4日民集 67巻6号 1320頁、1325-26頁

46) ただし両判決とも、国際人権法や外国法を立法事実論の中で挙げている。憲法規範にとりいれた合衆国の *Roper* 判決などとは意義が異なるであろう。

47) 最高裁判事経験者の論文を挙げると、伊藤正己「国際人権法と裁判所」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法1 国際人権法と憲法』(信山社、2006)(初出:国際人権 1号、1990)では、「わが国の裁判所は国際人権規約を裁判規範として活用することについてきわめて消極的な態度をとっていると考えられる」と述べた(13頁)。園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」芹田ほか前掲書(初出:国際人権 11号、2000)でも、「少なくとも、最近の判決を見る限り、日本国憲法でカバーできず国際人権規約の大きな傘が必要と痛感するような事件はなかったということになろう。」とされている(23-24頁)。しかし泉徳治・山元一+慶應義塾大学若手憲法研究者「グローバル化社会における憲法と司法の役割」(法学セミナー 714号、2014)では、「日本において憲法解釈をする上でも、国際人権法の考え方を参照することは非常に重要です。先ほどこから申し上げるように、各国の人権判断がお互いに影響し合っているのです。ぜひ国際人権法の重要性を認識してもらいたいと思います。」55頁[泉発言]とある。また最高裁は、日本の判例を英訳して web サイトで世界に発信することも始めた(54頁[泉発言])。日本の裁判所も「トランスナショナルな司法の対話」に組み込まれたことを示している。

学者の間からも、国内機関と国際機関の「対話」と「共生」による「多層的人権保障システム」の構想<sup>48)</sup>、さらに「トランスナショナル人権法源論」の提唱<sup>49)</sup>が続いている。

ただし憲法優位説の支配はなお続いている。上位法である憲法をなぜ下位法である人権条約に適合的に解するのか、今後も問われることになるだろう<sup>50)</sup>。2014年には集団的自衛権行使を合憲化する閣議決定が行われ、安保条約の存在という旧来の問題も再浮上してきた。

### 3-3. 憲法優位説の再検討

ここで、前章でまとめた合衆国の議論も参考にしつつ、日本の憲法優位説をもういちど検証してみたい。憲法と条約の効力順位はごく大局的観点から論じる必要がある。さかのほれば人権保障・国民主権・平和主義という日本国憲法の基本原理に行きつく問題でもある。実際、条約優位説・憲法優位説の初期の論争は、それぞれが依拠する国際協調主義と国民主権原理の対立でもあったのである。憲法優位説が勝利したのは、国民主権に比して国際協調主義の理念的根拠が弱かったこと、また平和主義が国民主権に並ぶ原理として最重視されていたためであろう。

昔日の学説は、そのような基本原理からの立論を行っていた。ところがそれが後の議論の中で捨象され、改正手続の難易度という一点に矮小化されてしまったのではないだろうか。手続はあくまでも手続であり、事の本質は実体的価値・内容にこそあるはずである。ちなみに法律と条約との関係について、法律制定手続が条約承認より厳格であるのに、なぜ条約が優位するのかという疑問が提示されている<sup>51)</sup>。法体系の順位について、改正手続の難易度だけですべて説明がつけわけではない。

合衆国 *Reid* 判決の中でも、条約優位は正式な手続によらない憲法改正に等しいので不当であるという議論が出てきた。だがそれは単なる手続難易度論ではない。憲法が大統領・上院に割り当てた条約締結権が、諸機関を憲法の制限から解き放つことは背理であるという批判である。ひいてはそれが陪審裁判を受ける権利の剥奪につながることに、最大の懸念があったはずである。

日本国憲法と条約の関係を論ずるにあたっても、憲法の「自由の基礎法」たる役割から出発

---

48) 江島晶子による。複数の論稿のうち本稿の関心に近いものを挙げると、江島晶子「経済秩序と『憲法／国際法』」(企業と法創造 8 巻 3 号, 2012); 同「憲法の未来像における国際人権条約のポジション」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011)

49) 山元一「憲法解釈における国際人権規範の役割」(国際人権 22 号, 2011)

50) 折しも昨今、ヘイト・スピーチ規制が話題となり、憲法と人権条約の対立関係がふたたび意識されている。

51) 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」(ジュリスト 1244 号, 2003) 81 頁

し、そのための手段としての統治構造全体（法の制定・改正手続もその中に位置づけられる）に視野を広げる必要がある。

小林直樹は、憲法の基本原理からの立論をおこなっている。

「条約と憲法の関係に対する私見として、上述の論点に多少の補足を加えて要約すれば、次のように考えられるべきだと思われる。記述の通り、憲法と国際法規を、単純に同一平面で比較して、その優劣・上下をアプリアリに決めるのは、正当ではないだろう。前述したように、国際社会の歴史的諸条件と状況を勘案したうえで、実定法としての国際法と国内法のあるべき連関を捉えなければならない。こうした視点の下で、第1に、独立国家の憲法の基本性と最高性を認める限り、国際協調主義を最高度に評価しても、憲法の中の根本規範的部分は、法論理的にも实际的にも、あらゆる条約に優位しなければならぬ。条約による根本規範の変更は、独立国家の憲法の認めえない背理である。日本国憲法についていえば、国民主権・基本的人権・平和主義——第9条の完全非武装主義はそれ自体としては根本規範ではないが、それに準ずるものとして条約に優位する、と考えるべきであろう——の基本的規定は、条約の上位にあり、これに違反する条約は締結しえないというべきである。<sup>52)</sup>」

この見解の注目すべき点は、人権保障・国民主権・平和主義という三大原理は根本規範であるとしつつも、一律に憲法が条約に優位とするのではなく、国際社会の状況をみて「実定法としての国際法と国内法のあるべき連関」を目指すというところである。ならば人権保障という基本原理の枠内で、憲法と国際人権条約の調和的解釈を成立させることも可能であろう。

憲法と条約の整合性は個別の事例・論点ごとに、憲法の三大原理をふまえたうえで、条約の制定を担う内閣と国会、法の適用を行う裁判所がそれぞれ権限を逸脱していないか、憲法の統治構造全体のバランスを崩していないかをみて判断すべきである。最終的な決め手は、条約の趣旨が国民の憲法改正権を篡奪するものではないか、「自由の基礎法」という憲法の存在意義を否定しないかにかかってくる。

ここで、先にふれた高野雄一『憲法と条約』の憲法優位を説く記述をひもといてみる。実は高野はそのような議論を展開していたのである。

「憲法は別に国民主権原理の上に立っている。憲法の前文、なかんずくその第一節はその精神を強調し、基本的人権に関する憲法自身の規定あるいは国会を最高機関とした規定（四一条）その他を通じて憲法上にそれが保障されている。条約は内閣が結ぶのであるが、

---

52) 小林直樹『憲法講義〔改訂版〕（下）』（東京大学出版会、1978）836-37頁。



その国内的効力によって国内関係、特に国民の権利義務が直接に影響を受けること、なかんずく憲法上規定された国民の権利義務までが(条約の国内的効力が憲法と同位またはそれに優位する場合)それによって直接に影響を受けることは、国民主権主義の立場からは重大な問題である。

もっとも、内閣の条約締結には新憲法で国会の同意が条件とされている。そこに国民主権主義の立場からの民主的なコントロールが保障されている。……しかし、それによって国民の権利義務を保障した憲法の規定の内容までが直接に動かされてしまうのは不合理である。それでは堪らない。それは実質的に憲法を変えること、その改正である。通常の国会の活動でなく、国会の両院それぞれの三分の二による発議に基づく『特別の国民投票』によらなくてはできない憲法改正(九六条)を、国会の通常の議決方式による承認のみを伴う内閣の条約の締結によって実質的に実現してしまうのは不合理であり妥当でない。憲法の立脚する国民主権主義の立場と正面から衝突する。<sup>53)</sup>」

上の叙述をあらためて注意深く読むと、この憲法優位説は改正手続の難易度だけを根拠にしているのではなく、憲法の基本原理である国民主権を起点としていることがわかる。条約が憲法に優越すれば、それは条約締結権者である内閣・国会の権限濫用であって、さらには個人の憲法上の権利が奪われたり、正式な手続によらない憲法改正に至ると説く点は、合衆国 *Reid* 判決とまさしく趣旨を同じくする。

その後の個所で、高野は憲法優位の下での条約の順守のあり方について、こう述べる。

「新憲法は一方に国際主義の原理を大きく打出しており、それは条約上の義務の履行、その『誠実な遵守』が確保されることを要請する。しかし、そのことは必ずしも条約に最高位の国内的効力を認めることに依存するものではない。条約締結に直接当る内閣はもとよりとして、条約締結に参加する国会、法律の制定或は憲法改正に当る国会若くは国民、条約の国内的適用を司る裁判所の、それぞれの機能に依存し、全体として国民主権主義と国際協調主義に立脚する国家としての法と政治の運営の問題にも属する。<sup>54)</sup>」

### 3-4. 小括

ここでいったん、まとめと私見を述べておきたい。憲法と条約の効力関係について、合衆国では *Reid* 判決で、憲法の制限規範としての役割や統治構造全体からみた憲法優位説をとって

---

53) 高野・前掲注 31, 198-99 頁

54) 同上, 208-09 頁

いる。条約が憲法の権利章典に優位することは条約締結権の濫用につながり、個人の自由を奪うので認められないというのが、かの国での議論である。

日本の憲法優位論も元々は、国民主権原理や統治機構全体を見すえた立論がなされていた。条約が憲法に優越するならば、内閣・国会による条約締結行為が実質的な憲法改正をもたらす、国民の憲法改正権を奪取するため、国民主権原理に反し妥当でない。ところがこの議論はその後、改正手続の難易度の比較に簡略化されてしまったきらいがある。

*Reid* 判決や高野雄一らの議論はいずれも 1960 年までに登場したものである。当時国連の人権条約はまだ存在せず、日米両国とも「人権の国際化」の影響をほとんど受けていなかった。しかしトランスナショナル・ローの干渉を受けつつある現在、上記の憲法優位論の構図にも変化が訪れている。

今日、各国憲法と国際人権法の相互作用・発展現象が高まっている。それは合衆国憲法の権利章典の解釈にも影響を与えた。トランスナショナル・ローのインパクトは日本国憲法の三大原理のひとつ、「人権保障」を入口にして日本の法体系にも浸透しつつある。であれば日本国憲法の最高法規性の下で、憲法を人権条約調和的に解釈することも可能である。

裁判所を通じて人権条約を実施する際、国内権力分立からくる司法の自制が妨げとなる可能性もある<sup>55)</sup>。しかしトランスナショナルな裁判官は自国政治部門への敬譲にとらわれず、世界の司法との交流・対話という別枠の中で人権規範の実施・創造に乗り出すこともできるのである<sup>56)</sup>。

#### 4. 結び

「グローバリゼーション」「トランスナショナル・ロー」「憲法の国際化(国際法の憲法化)」が顕在化している現代も、国家は近代憲法とそこに定められた権力分立構造に基づいて活動している。合衆国は独立期の憲法のまま今日に至っている。日本国憲法の統治機構も、形式だけ見れば 1947 年以来変わっていない。しかし 2014 年現在、トランスナショナル・ローは国家の人権保障機能に新たな行動原理をもたらしている。憲法が定める裁判所機構に、国際人権レジームの一員という新たな役割を付け加えているのである。

憲法と条約の関係は、今後分野ごとに別個の議論をしていくべきだと思われる。国際人権法はトランスナショナル・ローの動向のもと、独自のドクトリンを獲得しつつある。人権条約

---

55) Waters, *supra* note 24, 523 でいう国内主義的裁判官。また、江島・前掲注 48「憲法の未来像における国際人権条約のポジション」316-18 頁

56) Waters, *Id.* でいう国際主義的裁判官。また、山元・前掲注 49 でいう「グローバル世界に立つ裁判官」。



に関しては特別な扱いを認めていく準備が整ってきたといえよう。今回はごく限られた紙幅と素材で、その辺りの仮説を試みた。

9条問題については国民主権や平和主義の観点から、また別な論じ方を構築していくことになるだろう<sup>57)</sup>。それは将来の課題とする。

---

57) 安保条約の合憲性についても、平和主義の理念を出発点に、内閣・国会の条約締結行為が国民の主権・憲法改正権・平和的生存権を侵害していないかという諸点を総合して考えるべきであろう。砂川事件上告審判決の統治行為論にはそれに通じる一面も見出せる。もっとも同判決は非武装平和論によっておらず、その基本原理において疑問を生じうる。また安保条約の合憲性についての結論を回避したことで、裁判所が条約締結権の濫用を阻止できなかったという批判もありえる。

## Summary

### The Constitutional Supremacy over Treaty : United States and Japan

The Rank of Japanese Constitution and Treaties in the domestic legal order has been difficult problem for a long time. The Article 9 of Constitution and Japan-U.S. Security Treaty have been discussed as incompatible. On the other hand, there have been a lot of arguments that the Bill of Rights should be constructed in conformity with international human rights treaties. It is hard to find a solution to these opposing questions with the past constitutional supremacy theory.

In the United States, The Constitutional Supremacy has been established since *Reid v. Covert* (1957). The Court's argument is based on the Constitution's role to restrict the Governments, Constitutional allocation of powers, and protection of the Bill of Rights. And in the recent cases, the Court adapted transnational human rights sources to interpret the Bill of Rights. They brought new discussions.

This article introduces U.S. cases and theories about them and tries to rethink Japanese theory. The relationship between Japanese Constitution and Treaties should be decided from viewpoints such as Constitutional basic principles, the proper using of national authorities, and so on.